

تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم (البوت) ذات العنصر الأجنبي

دراسة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

د. رشا علي الدين
الأستاذ المساعد بكلية الحقوق – جامعة المنصورة
جمهورية مصر العربية

مقدمة:

خلقت التطورات الاقتصادية في منتصف القرن العشرين ظهور أنماط عقدية تهدف لتنظيم تمويل المشروعات الاستثمارية الكبرى، ومن أهمها ما اصطلح علي تسميته بعقود الــ **B.O.T**[١] ، وقد عكفت العديد من الدراسات القانونية والاقتصادية علي دراسة كل مناحي هذا العقد وبيان أركانه والقواعد المنظمة له[٢].

ونظرًا لسعي الدول المستمر لجذب الاستثمار الأجنبي، فقد عكفت علي تقديم التسهيلات والضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي في قطاع عقود التشييد والاستغلال والتسليم أو ما يطلق عليها اختصارًا عقود البوت الدولية.

عقد التشييد والاستغلال والتسليم ذات العنصر الأجنبي:

يمكننا تعريف عقد التشييد والاستغلال والتسليم **(B.O.T)** ذات العنصر الأجنبي بأنها العقد المبرم بين الدولة أو احدي الجهات الإدارية التابعة لها،

(١) هي اختصار لمصطلح Build-Operate-Transfer
(٢) ومن بين هذه الدراسات:
د/ عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص، دراسة انتقادية، مكتبة المنصورة الجديدة، المنصورة، ١٩٩١، د/ محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.



وطرف خاص أجنبي تكون في الغالب شركة، بغية تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، علي نفقة تلك الشركة، وقيام الأخيرة باستغلال المرفق والحصول علي عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد، وتلتزم الشركة عند انتهاء هذه المدة بتسليم المرفق للجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وبحالة جيدة.

ولقد لعبت عقود التشييد والاستغلال والتسليم دورًا مهمًا في السنوات الأخيرة الماضية في تنمية اقتصاديات العديد من الدول الآخذة نحو النمو، خاصة علي صعيد عقود البنية التحتية كبناء المطارات، وشبكات الغاز الطبيعي والكهرباء. ولا يقف الأمر عند حد الدول النامية الباحثة عن التدفقات المالية الخارجية، فقد امتدت عقود التشييد والاستغلال والتسليم إلي قطاع البترول أيضًا، ووجدت الشركات العالمية طريقها إلي الدول البترولية في منطقة الخليج.

ونظرًا لما لاقته هذه العقود من ترحاب علي الصعيد الدولي كشفت عنه دعوات البنك الدولي والأونيسترال لإبرام هذه العقود بوصفها الملاذ الحقيقي لتحقيق التنمية للدول النامية أو تلك المفتقرة لأساليب التكنولوجيا والخبرة الاستثمارية(٣).

ونظرًا لافتقار الدول النامية للخبرة القانونية في مجال عقود البوت ذات العنصر الأجنبي فقد واجهت هذه العقود العديد من المشكلات التي أعاقت

(٣) لمزيد من التفصيل، راجع:
تقرير البنك الدولي أعوم ١٩٩٤، ١٩٩٥، ١٩٩٦، وكذلك تقرير لجنة الأونيسترال في دورتها الثلاثين والحادية والثلاثين والثالثة والثلاثين أي بدأ من عام ١٩٩٦ ولأعوام تالية. وجاء الموضوع تحت عدة عناوين "مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، "مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص"، وأيضًا "آلية تمويل مشاريع البناء والتشييد والنقل". وقد أصدرت لجنة الأونيسترال دليلاً بجميع اللغات الرسمية يحمل عنوان "دليل الأونيسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص". ولقد لقي هذا الدليل الترحاب في الأوساط القانونية التي أخذت علي عاتقها دراستها.



استمرارها. مما دفع الكثير من رجال القانون للتساؤل حول وسائل تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم من خلال وسيلة تكفل حماية المصالح العليا للدولة المضيفة للاستثمار، بالإضافة إلي اطمئنان المستثمر الأجنبي لها.

ولقد عكفت الشركات الكبرى علي إدراج شرط التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم ذات العنصر الأجنبي، في محاولة منها للإفلات من نطاق ولاية القضاء الوطني للدولة المضيفة للعقد. ولقد لاقت الدعوة للتحكيم في نطاق عقود الاستثمار ترحابًا دوليًا حيث أبرمت اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي بموجبها أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وقد كان الهدف الأساسي لهذا المركز هو تيسير تسوية منازعات الاستثمار بين الحكومات والمستثمرين الأجانب بغرض زيادة التدفقات الاستثمارية الدولية(٤).

نشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(٥):

والمركز منظمة دولية مستقلة، رغم صلاتها الوثيقة بالبنك الدولي، وجميع أعضاء المركز هم أعضاء في البنك الدولي، ونفقات أمانته يتم تحويلها من ميزانية البنك الدولي، ومع ذلك فإن نفقات الإجراءات التحكيمية الخاصة يتحملها الأطراف ذوي الصلة بموضوع النزاع التحكيمي.

ويتكون المركز من مجلس إداري وأمانة عامة، والمجلس الإداري يرأسه

(٤) وقد وقعت دولة الإمارات علي هذه الاتفاقية في ٢٣ ديسمبر ١٩٨١، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٢ يناير ١٩٨٢.

(٥) ويطلق عليه اختصارًا الأكسيد ويطلق عليه بالإنجليزية:
International Centre for Settlement of Investment Disputes- ICSID.



رئيس البنك الدولي، وهذا المجلس يتكون من ممثل لكل دولة أقرت الاتفاقية. ويوجد بجانب المجلس الإداري والأمانة العامة هيئة الموفقين وهيئة المحكمين[٦].

ومنذ نشأة المركز، وحتى الآن، فإن قراراته التحكيمية تلقى احترام وتقدير رجال الفقه والقانون. فقد سعى المركز منذ نشأته إلى التوفيق بين المصالح المشروعة للمستثمر وحاجته للضمان، وبين سيادة الدولة المستضيفة للاستثمار، وحاجتها إلي رأس المال الأجنبي.

وقد عكفت هيئات التحكيم بالمركز – كما سنرى لاحقًا – علي وضع قواعد وأطر قانونية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية، وهو ما حدي بالكثير من الدول إلى تقرير اختصاص المركز بنظر المنازعات سواء في قوانينها الوطنية أو في عقود الاستثمار المبرمة مع المستثمرين الأجانب[٧]. وتكرس بعض الدول المصدرة لرأس المال هذا الاتجاه أيضًا من خلال الاتفاقيات الثنائية التي تعقدها لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية[٨].

ولا ينكر أحد أن التحكيم التجاري الدولي صار حقيقة واقعة في مجال عقود

---

(٦) المادة الثالثة من اتفاقية إنشاء المركز.

(٧) فقد ضمنت ثلاثون دولة حتى عام ١٩٩٩ تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار أحكامًا تسمح بإخضاع المنازعات مع المستثمرين الأجانب لحكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ومن أمثلة ذلك قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٨، قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩ في السودان، قانون الاستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١ وأيضًا قانون تشجيع الاستثمار في الأردن رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥. ونأمل أن تحذو دولة الإمارات العربية المتحدة هذا الحذو في قانون الاستثمار الأجنبي الموحد الذي تعكف الجهات الاقتصادية والتشريعية علي إعداده الآن.

(٨) بلغت حوالي ألفى معاهدة استثمار ثنائية BITs، بالإضافة إلى العديد من المعاهدات المتعددة الأطراف كمعاهدة NIAFTA المتعلقة بالاستثمارات وتشمل معظم معاهدات الاستثمار أحكامًا لتسوية المنازعات، من خلال إحالتها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقاً لمعاهدة تسوية منازعات الاستثمار، بالإضافة إلى الاتفاقات التى تنص على التحكيم بين أطرافها وفقاً لقواعد المركز.



الاستثمار[٩]. مع مراعاة أن مثل هذه العقود تمثل الغالبية العظمي من العقود الدولية علي صعيد الدول النامية بصفة عامة، والدول العربية بصفة خاصة[١٠].

يختص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة عضو بالمركز ومستثمر يحمل جنسية دولة أخرى عضو بالمركز. بيد أن قواعد المركز خلت من تحديد ماهية منازعات الاستثمار التي يختص المركز بتسويتها. ولهذا يذهب جانب من الفقه إلى التوسع في تفسير تلك المنازعات وتوسيع اختصاص المركز ليشمل شتى صور المنازعات المتعلقة باتفاقات الاستثمار، وما قد يرتبط بها من عمليات مكملة أو لازمة لتنفيذها كما هو الحال في عقود التشييد والاستغلال والتسليم[١١].

خطة البحث:

وإذا كان الحال كذلك، فإن السؤال إذا ما كانت هيئات التحكيم بالمركز تختص بجميع منازعات الاستثمار بما فيها عقود التشييد والاستغلال والتسليم، فما هي الشروط الأخرى اللازمة لعقد الاختصاص لها؟ وما هي الإجراءات اللازمة لسير خصومة التحكيم أمام هيئات التحكيم بالمركز؟، وما هو القانون الواجب التطبيق من قبل هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات عقود التشييد

(٩) ويطلق عليها جانب من الفقه عقود الدولة، راجع: د/ حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٦. كما يطلق عليها جانب آخر عقود التنمية الاقتصادية، نظرًا لارتباطها في كثير من الأحيان بجوانب خطط التنمية خاصة في الدول الآخذة نحو النمو، راجع: د/ عبد الحكيم مصطفي عبد الحكيم، المرجع السابق، ص ٨١.

(١٠) J. COMMISSION, Precedent in Investment Treaty Arbitration, a Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, Journal of International Arbitration, Klawer law International, Netherlands, Vol. 2, No. 24, 2007, P. 139.

(١١) د/ عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٣.



والاستغلال والتسليم؟ كل هذه الأسئلة ترسم صورة واضحة لشكل التحكيم أمام المركز.

ومن ثم فإننا نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: شروط اختصاص هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم أمام هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الخاصة بعقود التشييد والاستغلال والتسليم.

المبحث الأول

شروط اختصاص هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

نصت المادة ٢٥ من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأي نزاع قانوني، ينشأ مباشرةً من أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول الأعضاء بالمركز، وبين أحد مواطني دولة أخرى عضو بالمركز، على أن يوافق طرفا النزاع كتابةً على عرضه على المركز.

يتضح من هذه المادة أنه يشترط لعقد الاختصاص للمركز بعقد التشييد والاستغلال والتسليم توافر شروط ثلاث هي:



١- أن يكون النزاع قانوني ومتعلق بعقد من عقود التشييد والاستغلال والتسليم.

٢- أن يكون أحد الأطراف دولة عضو بالمركز، وأن يكون الطرف الآخر مواطن من دولة أخرى عضو بالمركز.

٣- أن يصدر رضاء من كلا الطرفين بعرض النزاع على المركز.

الشرط الأول: أن يكون النزاع قانوني وناشئ بطريقة مباشرة عن استثمار في عقد من عقود التشييد والاستغلال والتسليم:

فلابد وأن يكون موضوع النزاع متصلاً أو متعلقًا بحق أو التزام قانوني، أو مسئولية قانونية، ويشترط أن يكون هذا ناشئ بطريقة مباشرة عن اتفاق استثمار (١٢)، ولم تحدد الاتفاقية ذاتها المقصود بالاستثمار. ولهذا فإن أطراف النزاع هم الذين يحددون كون اتفاقهم اتفاق استثمار أم لا، ويعد لجوئهم للمركز كشف عن كون العقد متعلقًا بالاستثمار. وحسناً فعلت الاتفاقية حيث خولت للأطراف سلطة تقديرية واسعة، وسعت بالتبعية سلطة المركز (١٣)، مع حفظ حق هيئة التحكيم بالمركز في الفصل في ما إذا كان الأمر متعلق باستثمار من عدمه.

---

(١٢) كأن يتعلق بتطبيق بند من العقد، أو الاعتداء على حق من حقوق أحد الأطراف أو مسئولية الدولة عن إنهاء العقد بإرادتها المنفردة أو توقفها عن الوفاء بالتزاماتها.

(١٣) ويرى جانب من الفقه على خلاف ذلك، فيرى أن هذا يمثل خطرًا على مصالح الدول النامية، فالمستثمر في الدول المتقدمة عادة يكون صاحب السطوة عند التفاوض بشأن عقد الاستثمار، ويسعى إلى عقد الاختصاص للمركز ووصف العقد بأنه استثماري ليتم تسوية النزاع بعيدًا عن القضاء الوطني، حول هذا الرأي، راجع:
S. SCHATZ, Recent development in international organizations, the effect of the Annulment Decision in Amco v. Indonisia and Kiockner .v. Cameroon on the Future of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, American University Journal of international law and Policy, Volume 3, 1988, P. 434.



ويلاحظ أن الشروط النموذجية التي وضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تتوسع في مفهوم الاستثمار حيث تجعله شاملاً للاستثمار بالمعني التقليدي، والذي يتعلق بالمساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات. بالإضافة إلى المفاهيم الحديثة له، والتي تشتمل على المشروعات الصناعية والزراعية والسياحية وعقود استخدام العمالة المدربة، وكذلك عقود التشييد والاستغلال والتسليم(١٤).

ومع هذا فلكل دولة الحرية في تقديم بعض منازعات الاستثمار أو طوائف منها إلى المركز واستبعاد البعض الآخر، وفى هذا السياق فقد استبعدت المملكة العربية السعودية منازعات البترول من نطاق اختصاص المركز، واستبعدت غانا العقود المتعلقة بالموارد المعدنية، وحددت إسرائيل اختصاص المركز بالمنازعات التي تتعلق بالاستثمار الموافق عليه في ضوء قانونها الخاص بتشجيع استثمار رؤوس الأموال(١٥).

ولا يقف الأمر عند اختصاص المركز بالمنازعات المرتبطة مباشرة بالاستثمار، ولكن يمتد الاختصاص ليشمل أية منازعات من شأنها التأثير أو النيل من الاستثمار طالما أن تلك المناعات تتعارض مع بنود اتفاق الاستثمار وأسلوب تنفيذه والجو العام المحيط به(١٦).

---

(١٤) M. HIRSCH, The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff, 1993, P.495.

(١٥) M. HIRSCH, P.R., PP. 61:62.

(١٦) وهو ما أكده تحكيم المركز في نزاع Amco، وتتلخص وقائع النزاع في قيام اتفاق استثمار مبرم بين الحكومة الإندونيسية والشركة الأمريكية Amco، والذي وافقت بموجبه الشركة الأمريكية على تشييد وإدارة فندق جاكرتا، وبعد افتتاح الفندق للجمهور، ثارت المنازعات بين الشركة الأمريكية والحكومة الإندونيسية



الشرط الثاني: أن يكون أحد الطرفين دولة عضو بالمركز، والطرف الآخر مواطنًا أو مجموعة مواطنين من دولة أخرى عضو بالمركز:

يمكننا تقسيم هذا الشرط إلى جزأين:

١- اشتراط أن يكون أحد أطراف عقد الإنشاء والاستغلال والتسليم دولة عضو بالمركز:

فالدولة الموقعة على اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ هي وحدها التي لها الحق في اللجوء إلى هيئات التحكيم بالمركز، والعبرة في ذلك بتاريخ انضمام الدولة إلى الاتفاقية قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم، حتى ولو كان هذا الانضمام لاحق على إبرام اتفاق الاستثمار [١٧].

ممثلةً في جمعيات الإسكان التعاوني للجيش الإندونيسي، وعلى أثر الخلاف قام أفراد الجمعيات بمعاونة الجيش في إخلاء الفندق، وألغت الحكومة الإندونيسية الترخيص الخاص بالشركة الأمريكية، وعرض الأمر علي هيئة التحكيم، والتي قضت بإلزام الحكومة الإندونيسية بتعويض الشركة الأمريكية. وقد أقامت دولة إندونيسيا دعوى لإبطال حكم التحكيم متمسكة بأن الهيئة قد تجاوزت سلطاتها عندما نظرت في أفعال كل من الجيش والبوليس الإندونيسي، والمتمثلة في التدخل بالاستيلاء على الفندق، إذ أن هذا التدخل وإن كان من الجائز أن يثير مسئولية الحكومة الاندونيسية. إلا أنه لا يرد في إطار منازعات الاستثمار.ولقد رفضت الهيئة طلب الإبطال، وقررت أن تدخل الجيش والبوليس الاندونيسي ضد الشراكة الأمريكية يشكل جزءًا لا يتجزأ من النزاع المرتبط باتفاق الاستثمار، وهذا الحكم يؤكد على اختصاص المركز بكل المنازعات التي من شانها المساس بحسن سير اتفاقات الاستثمار، راجع:

Amco v. Indonesia, International Legal Materials, 1986, P. 1441.

(١٧) وقد أقر قرار التحكيم في نزاع Holiday Inns بهذا الأمر، فتتلخص وقائع النزاع في قيام الحكومة المغربية بإبرام اتفاق بينها وبين شركة Holiday Inn الأمريكية بشأن قيام الأخيرة ببناء وتشغيل أربعة فنادق بالمغرب في مقابل تعهد الحكومة المغربية بتمويل هذا المشروع ومنح الشركة إعفاءات ضريبية معينة وتسهيلات في تداول العملات الأجنبية، وبغرض تنفيذ الاتفاق قامت الشركة الأمريكية بإنشاء شركة تابعة لها في سويسرا هي شركة Holiday Inns Glarus والتى وقعت أيضًا على اتفاق الاستثمار، وعند ما نشب النزاع بين الأطراف عرض الأمر أمام هيئة التحكيم بالمركز. ودفعت الحكومة المغربية أنه عند إبرام الاتفاق لم تكن المغرب وسويسرا طرفين في الاتفاقية، وأن كانا قد صار كذلك قبل عرض النزاع أمام المركز واعتدت الحكومة المغربية بأن العبرة بانضمام الدولة عند توقيع عقد الاستثمار، وتمسكت شركة Holiday Inns بأن التاريخ الذي يعتد به هو تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى المركز. وقد رفضت المحكمة دفع الحكومة المغربية، وأقرت بأن الاتفاقية سمحت للأطراف بإنفاذ شرط التحكيم حتى ولو كان متعلقاً على استيفاء إجراء معين في المستقبل، كالانضمام إلى اتفاقية المركز، وأن التاريخ الذي ينظر إليه لاعتبار الدولة



ونضيف هنا أن المستثمر الأجنبي لا يجوز له أن يتقدم بطلب إنفاذ اتفاق التحكيم ضد الدولة المضيفة لعقد التشييد والاستغلال والتسليم إذا كان العقد مبرم مع هيئة دولية(١٨) مكونة من عدد من الدول، وليس دولة معينة. وحتى ولو كانت الدولة المضيفة للعقد ضمن هذه الدول(١٩).

عضو هو تاريخ تحقق رضاء الأطراف باختصاص المركز، وقيام تلك الدولة بكتابة طلب التحكيم إلى المركز، انظر:

P. LALIVE, The First World Bank Arbitration, Holiday inns v. Morocco, some Legal Problems, British Year Book of International Law, Volume 57, No. 2, 1980, PP. 123: 146.

(١٨) د/ جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد – الإجراءات – الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٤.

(١٩) وقد أكدت هيئة تحكيم المركز في نزاع Westland Helicopters أن الهيئة العربية للتصنيع لها شخصية مستقلة عن الدول الأعضاء فيها، وأنها لذلك – ليست دولة عضو في الاتفاقية – ملزمة بأحكام اتفاق الاستثمار مع الشركة البريطانية، ولا يطعن في ذلك الإشراف الشديد الذي كانت تمارسه الدول الأعضاء في الهيئة ــ وطبقًا للنظام الأساسي لها ــ على أعمالها. ومن ثم، كان من الواجب اعتبار الهيئة وحدها الطرف في إجراءات التحكيم وليس الدول الأعضاء فيها، لكي ينعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم. وتتلخص وقائع هذا النزاع في قيام اتفاق استثمار بين شركة بريطانية لصناعة الطائرات المروحية والهيئة العربية للتصنيع والمكونة من أربعة دول عربية هي: قطر، السعودية، الإمارات، مصر. وبموجب هذا الاتفاق تعهد الأطراف بتأسيس شركة للرقابة على جودة إنتاج وصنع وبيع الطائرات المروحية التي تصنعها الشركة البريطانية، وبعد توقيع اتفاقية السلام بين مصر وإسرائيل انسحبت كل من قطر والسعودية والإمارات من الهيئة. ومع ذلك عارضت مصر القرار، واستمرت الهيئة في ممارسة نشاطها بالقاهرة، ولكن عجزت عن تنفيذ بنود اتفاق الاستثمار. وهنا قامت الشركة البريطانية باختصام الهيئة وكل دولة عضو فيها أمام هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس، وظهرت مصر وحدها أمام هيئة التحكيم متمسكة بعدم اختصاصها بنظر النزاع. لأن مصر ليست طرفًا في اتفاق الاستثمار، ورغم ذلك قضت الهيئة بالتزام جميع الدول الأعضاء في الهيئة العربية للتصنيع بتنفيذ التعهدات بموجب الاتفاق المبرم مع الشركة البريطانية.

وقد رفضت محكمة جنيف بسويسرا تنفيذ القرار التحكيمي مقررة عدم اختصاص هيئة التحكيم بالنزاع، وقد تأيد هذا بحكم من المحكمة الــفيدرالية السويسرية، واستندت المحكمتين إلى أن الهيئة العربية للتصنيع لها شخصية مستقلة عن الدول الأعضاء، وأنها وحدها الملزمة بأحكام اتفاق الاستثمار مع الشركة البريطانية وليس الدول الأعضاء فيها، ولهذا كان من الواجب اعتبار الهيئة وحدها الطرف في إجراءات التحكيم وليس الدول الأعضاء فيها، لكي ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم، انظر:

Westland Helicopter v. Arab Organization for Industrialization, UAE, Saudi Arabia, Qatar, Egypt and Arab British Helicopter Co., International Law Reports, vol. 108, P. 567.



ولكن هذا لا يحول دون اختصاص المركز بالمنازعات التي تكون المؤسسات والوكالات التابعة لدول أعضاء بالمركز طرفًا فيها، إلا أنه يشترط أن تكون الهيئة أو المؤسسة تابعة لفرع سياسي للحكومة الطرف في المنازعة، كما يشترط أن تتمتع هذه الهيئة بشخصية مستقلة عن الكيان الحكومي[٢٠].

كما يتعين لبسط اختصاص المركز قيام الحكومة بتعيين المؤسسة أو الهيئة أو الوكالة التابعة لها إلى المركز. وإعلان الدولة موافقتها على قبول اختصاص المركز. وهذا شرط ضروري، إلا إذا قامت هذه الدولة بإخطار المركز بأن موافقتها السابقة غير مطلوبة[٢١].

وقد تأخذ موافقة الدولة العضو أشكالاً عدة، فقد تكون في شكل شرط موجود في اتفاق مع الدول الأعضاء بمقتضاه توافق على إمكانة تقديم المنازعات الناشئة إلى المركز بواسطة هذه المؤسسة أو الهيئة. كما قد تكون في شكل وثيقة تحتوي الرضاء على التقدم إلى تحكيم المركز[٢٢]، وتخضع صحة هذه الموافقة لرقابة المركز، لأنها تمس اختصاص محكمة التحكيم بنظر المنازعة[٢٣].

ومع هذا، فإنه يجوز للدولة العضو أن تسحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز في أي وقت. وذلك لأن موافقة

---

(٢٠) C. AMERASIGHE, The International Center for the Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Cooperation, Vanderbilt Journal of International Law, Volume 9, 1976, P. 805.

(٢١) المادة ٢٥ من اتفاقية المركز.

(٢٢) د/ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢٣) D. BUFFENSTEIN, Foreign International and Joint Ventures, North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulations, 1981, P. 191.



الدولة ما هي إلا تصرف بالإرادة المنفردة، صادر عن الدولة العضو. على أن هذه الموافقة تصبح ملزمة ولا يجوز سحبها إذا كان الطرف الآخر في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجودها[٢٤].

٢- اشتراط أن يكون الطرف الآخر في عقد التشييد والاستغلال والتسليم مواطناً لدولة أخرى عضو:

يعني هذا أنه لا يجوز أن يكون الطرف الأخر في التحكيم دولة أخرى عضو، أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها، فلا بد من كونه مستثمرًا أجنبيًا ينتمي إلى دولة أجنبية عضو غير الدولة المستضيفة للعقد[٢٥].

ومن ثم فإنه يمكن للشخص الطبيعي اللجوء إلى المركز بوصفه مستثمرًا أجنبيًا، إلا أنه يستلزم توافر شرط الجنسية. أي كونه مواطناً لدولة عضو، وهذه الجنسية تثبت له في التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف اللجوء للتحكيم، وفي التاريخ الذي يسجل فيه الطلب بمعرفة السكرتير العام للمركز أيضًا[٢٦]. فلابد من توافر شرط الجنسية في التاريخين معًا. بالإضافة إلى أن على المستثمر الأجنبي أن يذكر ــ صراحةً ــ عند تقديمه طلب التحكيم أمام المركز أنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع. ويستهدف شرط الجنسية تجنب اشتراطات اصطناعية يمكن من خلالها للشخص الطبيعي التوصل إلى اختصاص

---

(٢٤) P. SUTHERLAND, The World Bank Convention on the Investment Disputes, International and Comparative Law Quarterly, Volume 28, 1979, P. 383.

(٢٥) المادة ١/٢٥ من اتفاقية المركز.

(٢٦) M. HIRSCH, P.R., P.79.

المركز، كأن يقوم بتغيير جنسيته لكي يكون النزاع داخلاً في اختصاص المركز[٢٧].

ويلاحظ أنه في حالة تعدد جنسية الشخص الطبيعي فيمكن الارتكاز إلى جنسيته المكتسبة، إذا كان يتمتع بجنسية دولة عضو بوصفها جنسيته الأصلية. فقد نصت المادة ٢/٢٥ من اتفاقية إنشاء المركز على أنه يكفى لانعقاد اختصاص محكمة المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة عضو، حتى ولو ثبتت له جنسية دولة غير عضو[٢٨]. وإذا كان المستثمر يتمتع بجنسية دولتين متعاقدتين إحداهما هي جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فلا يجوز له التقدم للتحكيم أمام محكمة المركز بالنظر لوحدة الجنسية مع الدولة المضيفة للاستثمار الخصم في النزاع[٢٩].

أما بالنسبة للشخص الاعتباري، فقد نصت الاتفاقية على أنه لكي يخضع الشخص الاعتباري لاختصاص هيئات التحكيم بالمركز، فإنه يجب أن يتمتع بجنسية أية دولة عضو أخرى غير تلك الدولة الطرف في النزاع[٣٠].

ويتعين توافر شرط الجنسية بالنسبة للشخص الاعتباري في التاريخ الذي يرتضى فيه الأطراف التقدم للتحكيم لدى المركز، ولا يؤثر في انعقاد الاختصاص

---

(٢٧) د/ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢٨) S. SCHATZ, P.R., P. 481.

(٢٩) M. HIRSCH, P.R., P. 77.

(٣٠) C. AMERASIGHE, P.R., P. 807.



حدوث أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري[٣١].

الشرط الثالث: رضاء الأطراف:

لا ينعقد الاختصاص للمركز بنظر المنازعات الاستثمارية بمجرد نشوئها، بل ينبغي أن يوافق طرفا النزاع صراحةً على إحالتها إلى المركز، ولابد من التأكيد على أن تصديق الدولة على اتفاقية إنشاء المركز لا يعد قبولاً منها لاختصاصه، ولا يلقى على عاتقها التزامًا بعرض أي نزاع استثماري عليه سواء في الحاضر أو في المستقبل.

ولم تحدد الاتفاقية شكلاً محددًا لهذا الرضاء، ولكنها اكتفت فقط بكون الموافقة كتابةً، وبمجرد صدور الرضا لا يمكن لأي طرف العدول عن التحكيم أمام المركز، حتى ولو كان أحد الأطراف المتنازعين قد انسحب من الاتفاقية نفسها، فلا يؤثر في صحة الرضا انسحاب الدولة المضيفة للاستثمار من الاتفاقية، ولا انسحاب الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بجنسيته.

ويعد موافقة أطراف النزاع على تسويته عن طريق المركز تنازلاً منهم عن أية وسيلة أخرى لتسوية النزاع. ومع ذلك فإنه يجوز للدولة أن تتطلب استنفاد طرق التقاضي الداخلية، كشرط لازم للجوء إلى المركز. وهو الأمر الذي أكد عليه حكم تحكيم *Alcoa*[٣٢].

---

(٣١) د/ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ٣١.

(٣٢) وتتلخص وقائع حكم التحكيم في قيام نزاع بين الشركة الأمريكية Alcoa وحكومة جامايكا التي عهدت إليها بإنشاء مصنع لإنتاج الألومونيوم في جامايكا، وفى المقابل منحتها الحكومة امتياز لتعدين البوكسيت، علاوة على بعض المزايا والإعفاءات الضريبية، وتضمن اتفاق الاستثمار شرط التحكيم أمام المركز، ولكن صدر قانون يلغي المزايا والإعفاءات الضريبية المخصصة للشركة، أقامت الشركة الأمريكية طلبًا للتحكيم أمام المركز لإخلال حكومة جامايكا باتفاق الاستثمار. رفضت حكومة جامايكا المثول أمام هيئة التحكيم، وتمسكت بأنها أخطرت السكرتير العام للمركز قبل تقديم طلب التحكيم، ولكن بعد توقيع اتفاق الاستثمار،



وقد يأخذ رضا الدولة شكل تشريعي تحت ما يعرف بالقبول المسبق من الحكومات على إحالة منازعات الاستثمار إلى التحكيم في المركز. وهو ما يكشفه حال ثلاثين قانوناً من قوانين الاستثمار. وقد يظهر رضا الدولة في شكل معاهدة ثنائية، فلقد أبرمت الكثير من الدول معاهدات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية. ولقد بلغ عدد هذه الاتفاقات نحو ٩٠٠ اتفاقية ثنائية للاستثمار عام ٢٠٠٦[٣٣]. ويعد التحكيم تحت رعاية المركز واحد من أهم الآليات الرئيسة لتسوية منازعات الاستثمار في العديد من اتفاقيات الاستثمار كالنافتا[٣٤] علي سبيل المثال.

عرضنا في هذا المبحث لشروط التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. ولكن السؤال المهم الآن ما هي إجراءات التحكيم أمام المركز؟ وما هو أثر اختصاص المركز على نظر النزاع؟ هذا ما نجيب عليه في المبحث التالي.

باستبعاد المنازعات التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية من نطاق اختصاص هيئة تحكيم المركز. وأسست حكومة جامايكا حجتها على نص المادة ٤/٢٥ من الاتفاقية، والتي تسمح للدول الأعضاء أن تخطر المركز بإخراج طوائف معينة من المنازعات من نطاق التحكيم أمام المركز. وقد رفضت هيئة التحكيم هذه الحجة، وقررت أن الدولة العضو لا يجوز لها بإرادتها المنفردة أن تنسحب أو تلغي رضاها بالتحكيم أمام المركز، إذا كان قد تم النص على هذا الرضا في اتفاق الاستثمار نفسه ووفقا لنص المادة ١/٢٥ من اتفاقية إنشاء المركز، أما بالنسبة لنص المادة ٤/٢٥ من الاتفاقية فهو يتعلق بالإخطار عن استبعاد المنازعات المستقبلية التي لم تكن موضوعًا لاتفاق استثمار أبرم فعلاً بين طرفيه وتحدد نطاقه وفقا للشروط والبنود التى تضمنها. راجع:

J. SCHMIDT, Arbitration under the Auspices of the ICSID, Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa v. Jamaica, Harvard Journal of International Law, Volume 17, 1976, PP. 102: 104.

(٣٣) د/ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ٣١.

(٣٤) The North American Free Trade Agreement.



المبحث الثاني
إجراءات التحكيم أمام هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تم تخصيص الفصل الرابع من الباب الأول من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لبيان الأحكام الخاصة بجدول الموفقين والمحكمين الذين سيختار منهم الأشخاص الذين سيتولون نظر أي منازعة استثمار دولية من تلك التي يختص بنظرها المركز. ومن ثم فإنه يتعين علينا أن نعرض في البداية لكيفية اختيار المحكمين ثم نبين إجراءات سير خصومة التحكيم أمام المركز بوصفهما السبيل الصحيح لبيان إجراءات التحكيم.

أولاً: اختيار المحكمين:

ووفقًا للاتفاقية فإن هيئة الموفقين، وهيئة المحكمين ستتكون من أشخاص مؤهلين سيتم اختيارهم على النحو المحدد في الاتفاقية، وذلك مع موافقتهم على العمل كموفقين أو محكمين بناءً على ذلك(٣٥).

ويجوز لكل دولة عضو في المركز أن تعين أربعة أشخاص في كل جدول، الذين قد يكونوا ـ دون أن يكون ذلك لازمًا أو مشترطًا ـ من بين مواطنيها. كما يجوز لرئيس المجلس الإداري أن يعين عشرة أشخاص في كل جدول من هذين الجدولين على أن يكون الأشخاص الذين يعينهم في كل جدول من جنسيات مختلفة(٣٦).

---

(٣٥) راجع المادة الثانية عشر من اتفاقية المركز.
(٣٦) فقرتي المادة الثالثة عشر من اتفاقية المركز.



ويجوز للدولة الطرف في اتفاقية المركز أن تختار الأربعة الذين يحق لها أن تعينهم ــ كمحكمين أو كموفقين في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ــ من جنسية واحدة. فالشرط هو ألا يكونوا جميعًا من مواطنيها، والهدف من هذا الشرط هو أن يتم حث الأعضاء على أن يتحروا اعتبارات الكفاءة في اختيار الأشخاص الذين يقيدوا كمحكمين أو كموفقين في جداول المركز.

أما بالنسبة للعشرة أشخاص الذين يجوز لرئيس المجلس الإداري أن يعينهم أو يسجلهم في كل جدول من هذين الجدولين، فيشترط أن يكونوا من جنسيات مختلفة. والهدف من هذا الشرط كفالة إمكانة تحقيق نوع من التوازن بين الدول الأعضاء في المركز. كما يتعين عليه أن يراعي أهمية وجود تمثيل للنظم القانونية الرئيسية في العالم وللأشكال الاقتصادية المختلفة أيضًا(٣٧).

ويجب أن يكون الموفقون والمحكمون المختارون على مستوى خلقي عالي، ومعترف بهم كمتخصصين في مجالات القانون أو التجارة أو الصناعة أو الماليات، و يجب أن يمارسوا عملهم باستقلالية تامة. ويعتبر التخصص في مجال القانون أمرًا مهمًا على وجه الخصوص في حالة الأشخاص الذين سيتم اختيارهم للقيد كمحكمين(٣٨).

(٣٧) راجع الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشر من اتفاقية المركز. وأما عن أهم النظم القانونية الرئيسية في العالم فهي النظام الأنجلوسكسوني الذي تنتمي إليه دول القانون العرفي أو القانون غير المكتوب مثل الولايات المتحدة و بريطانيا، والنظام اللاتيني الذي تنتمي إليه دول القانون المكتوب مثل فرنسا و مصر، والنظام الإسلامي الذي يفترض فيه أن يقوم على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية، و هناك أيضًا النظام الجرماني. وأما عن الأشكال الاقتصادية التي يجب على رئيس المجلس الإداري أن يضمن تمثيلها عند قيامه باختيار الأشخاص الذين يجوز له أن يختارهم كموفقين و محكمين في المركز، فهناك مجموعة الدول المتقدمة، و الدول النامية، والدول الأقل نموًا. و قبل انهيار الإتحاد السوفيتي كانت هناك ضرورة مراعاة تمثيل كل من النظامين الاقتصاديين الرأسمالي و الاشتراكي.

(٣٨) راجع الفقرة الأولي من المادة الرابعة عشر من اتفاقية المركز.



ويعمل كل عضو من الأعضاء الذين يتم قيدهم كمحكمين أو موفقين في المركز لمدة ست سنوات قابلة للتجديد، وفي حالة الوفاة أو الاستقالة، فإن اختيار العضو الذي سيحل محل العضو الذي استقال أو توفي سيكون بذات الطريقة، ويكمل العضو الجديد الفترة المتبقية من السنوات الست المشار إليها. ويبقى الأعضاء يمارسون مهامهم إلى حين تعيين خلفهم. وبالتأكيد ما ينطبق في حالة الاستقالة أو الوفاة سينطبق عند قيام مانع صحي أو خلافه يجعل العضو أو يجعله عاجزًا عن القيام بمهامه(٣٩).

ويجوز للشخص أن يكون مقيدًا في جداول الموفقين وجداول المحكمين في آن واحد. وإذا وقع الاختيار على شخص واحد ليقيد في أحد الجدولين من قبل أكثر من دولة من الدول الأعضاء أو من جانب دولة عضو ورئيس المجلس الإداري. ففي هذه الحالة يعتبر هذا الشخص مختارًا من الجهة التي عينته أولاً، إلا في حالة كون هذا الشخص قد تم اختياره من جانب الدولة التي يحمل جنسيتها؛ إذ عندها يعتد بتعيين دولته و لو كان لاحقًا على أي تعيين آخر، وجميع التعيينات أو الاختيارات يجب أن يخطر بها الأمين العام للمركز. ويعتبر التعيين أو الاختيار ساريًا من تاريخ استلام هذا الإخطار(٤٠).

ثانيًا: إجراءات إقامة دعوى التحكيم:

تبدأ إجراءات إقامة الدعوى بتقديم طلب من قبل الطرف الراغب في تسوية النزاع سواء أكان المستثمر أم الدولة، إلى السكرتير العام للمركز. ويجب أن يتضمن هذا الطلب معلومات كاملة عن موضوع النزاع وأطرافه، وموافقتهم على

(٣٩) راجع المادة الخامسة عشر من اتفاقية المركز.
(٤٠) راجع المادة السادسة عشر من اتفاقية المركز.



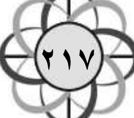
اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم كتابةً طبقًا للقواعد التي تقررها الاتفاقية.

ويقوم السكرتير بتسجيل الطلب بعد التحقق من دخول النزاع في اختصاص المركز، ثم يتولي تبليغ الأطراف بهذا الإجراء. وتشكل هيئة التحكيم من عدد فردي من الأعضاء يتم تعيينهم باتفاق الأطراف. فإن لم يتفقوا علي عدد محدد يتم تشكيلها من ثلاثة أعضاء يختار كل طرف واحدًا منهم، بينما يتم تعيين العضو الثالث، الذي تنعقد له رئاسة الجلسة، باتفاق الأطراف. فإن لم تشكل اللجنة أو الهيئة خلال تسعين يومًا من إرسال السكرتير العام الإعلان بتسجيل الطلب إلى الأطراف، فإنه ينبغي على رئيس المجلس الإداري بناءً على طلب أحد الأطراف أن يقوم بتعيين الأعضاء الذين لم يتم تعيينهم.

ثالثاً: إجراءات سير دعوى التحكيم:

تطبق هيئة التحكيم عند النظر في النزاع المعروض عليها القواعد الإجرائية التي تتضمنها الاتفاقية فضلاً عن قواعد التحكيم التي يقررها المجلس الإداري للمركز. أما من الناحية الموضوعية فإنه ينبغي على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، فإن لم يتفقا على قواعد معينة فإنه ــ في الغالب ــ يطبق القانون الوطني للدولة المستضيفة للاستثمار، والتي تكون طرفًا في النزاع، إضافة إلى قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق.

بيد أننا نحبذ أن تضطلع هيئة التحكيم بتطبيق أحكام القانون الوطني للدولة، عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيق قواعد قانونية أخرى، ذلك أن الأصل أن يسري هذا القانون على النزاع المعروض على الهيئة إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك. وحيث أنه لا وجود لمثل هذا الاتفاق فلا يكون هناك مناص من





تطبيق القانون الوطني للدولة علي انفراد.

ويصدر حكم التحكيم بأغلبية الآراء خلال تسعين يومًا من انتهاء الإجراءات، وللعضو الذي يكون له رأي مخالف أن يرفق رأيه بالحكم. ويكون قرار التحكيم ملزمًا لأطرافه استنادًا إلى أحكام المادة (١/٥٣) من الاتفاقية.

وتنص المادة ٤٤ من اتفاقية إنشاء المركز علي أنه "تسير إجراءات التحكيم طبقًا لنصوص القسم الحالي، وطبقًا للائحة التحكيم النافذة في التاريخ الذي اتفق فيه الأطراف علي إخضاع النزاع للتحكيم ما لم يوجد اتفاق مخالف للأطراف. وإذا ثارت مسألة إجرائية غير منصوص عليها في القسم الحالي أو في لائحة التحكيم أو في أي لائحة أخري معتمدة من قبل الأطراف، يتم حسم هذه المسألة بواسطة محكمة التحكيم".

يتضح من هذا النص أن القواعد الإجرائية واجبة التطبيق علي التحكيم في إطار المركز هي:

١- القواعد الإجرائية الواردة في اتفاقية المركز قواعد ملزمة لأطراف التحكيم ولهيئة التحكيم. وذلك فيما عدا ــ بالطبع ــ القواعد التي أجازت الاتفاقية للأطراف الاتفاق علي مخالفتها.

٢- القواعد الإجرائية التي يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف للأطراف بحرية واسعة في اختيار هذه القواعد. فيجوز لهم إعداد هذه القواعد بأنفسهم أو اختيار أي لائحة تحكيم معدة سلفًا كلائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٧٦، أو اختيار قانون وطني معين. كل هذا بشرط عدم مخالفة القواعد الآمرة في الاتفاقية، والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق



علي مخالفتها[٤١].

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، تطبق القواعد الإجرائية الواردة في لائحة التحكيم السارية لدي المركز الدولي في اللحظة التي اتفق فيها الأطراف علي اللجوء إلي التحكيم لدي المركز.

وإذا ثارت أي مسألة إجرائية غير منصوص عليها في الاتفاقية، أو في اللائحة الإجرائية التي تبناها الأطراف أو اللائحة النافذة لدي المركز، يكون من سلطة هيئة التحكيم ذاتها حسم هذه المسألة، دون أن تكون ملزمة في ذلك بالاستناد إلي قانون دولة معينة.

ولم تشر نصوص لائحة المركز عند تحديدها للقواعد الإجرائية واجبة التطبيق، إلي تطبيق أي قانون وطني معين، ولو بصفة احتياطية. ولذلك يري جانب من الفقه أن هذا النص يكشف عن إرادة واضعي الاتفاقية في تحقيق الاستقلال لإجراءات التحكيم التي تجري في إطار المركز الدولي تجاه القوانين الوطنية[٤٢]. بل لقد ذهب بعض الفقهاء إلي أنه في الفرض الذي يختار فيه الأطراف قانون دولة معينة لتكملة القواعد الإجرائية الواردة في الاتفاقية، إعمالاً للحرية التي يعترف بها النص لهم. فإن هذا القانون سوف يطبق في هذه الحالة باعتباره لائحة معتمدة من قبل الأطراف، وليس باعتباره القانون المختص

(٤١) طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٦٥ وما بعدها.

(٤٢) ROULET (J.), La Convention du 18 mars 1965 le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, Schweizer Jahrbuch für Internationales Recht, 1965, P.146.



احتياطيًا[٤٣].

كما ذهب آخرون إلي أنه إذا وجد المحكمون أنهم بحاجة إلي قواعد إجرائية فإنه يمكنهم اللجوء إلي المبادئ العامة المستخلصة من المقارنة بين مختلف القوانين الوطنية أو مبادئ القانون الدولي، بدلاً من اللجوء إلي قواعد قانون وطني معين يتحدد وفقًا لقواعد تنازع القوانين[٤٤].

وإذا كان الحال كذلك بالنسبة لإجراءات التحكيم، فالسؤال ما هو القانون الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار؟ هذا هو الأمر الذي نعرض له في المبحث التالي.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

إن الحديث عن القانون الواجب التطبيق علي التحكيم أمام هيئة التحكيم بالمركز يدفعنا للتفرقة بين أمرين الأول هو وجود إرادة الأطراف من خلال اتفاقهم علي قانون معين للفصل في النزاع من قبل هيئة التحكيم، والثاني هو غياب اتفاق الأطراف في شأن القانون الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم.

---

(٤٣) GOLDMAN (B.), Le Droit Applicable selon de la B.I.R.D., du 18 Mars 1965 pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'Autres Etats, L'ouvrage Collective dans L'Investissements Etrangères et L'arbitrage entre un Etat et une Personne Privé, Pédone, Paris, 1969, P.138.

(٤٤) GAILLARD (E.), Arbitrage entre un Etat et une Personne Privé, Pédone, Paris, 1969, P.138.



يعد مبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات التجارية الدولية بمثابة عرف دولي أو مبدأ عام معترف به، ومستقر في كافة النظم القانونية. فأطراف العقد الدولي قد تكون لديهم الرغبة في اختيار أفضل القواعد التي تحكم عقدهم دون التقيد بقوانين دولة معينة رغم عدم ملاءمتها.

إلا أننا لابد وأن ندرك هنا أمرًا مهمًا هو أن غياب قانون الإرادة في مجال التحكيم يعد خيارًا سيئًا. وقد يلاقي المحكم مشاكل عدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على خصوم التحكيم في حالة غياب قانون الإرادة.

وعلى هذا الأساس فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في غيبة اتفاق الأطراف.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف

نصت المادة ٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار علي أنه " فى حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق, تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف فى النزاع – بما يشمل قواعد تنازع القوانين الواردة فى هذا القانون – وكذلك مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم ". يتفق حكم هذه المادة مع حكم المادة ١/٢٨ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥[٤٥].

(٤٥) فقد نصت المادة ٢٨ علي أنه "١ـ تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما



يتضح من هذا أن للأطراف الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق علي النزاع. ولكن السؤال: ما هو مدي حرية الأطراف في الاختيار والقيود التي ترد علي هذا الاختيار؟ وما هي القواعد القانونية التي يمكن اختيارها من قبل الأطراف؟

أولاً: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:

قبل الحديث عن مدي حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لابد من بيان أمرين مهمين(٤٦):

الأول: أن اختيار الأطراف لقانون دولة ما يعنى تقييد الحكم بهذا القانون بكل قواعده وفقاً لمصادره وبالترتيب والتسلسل المقرر فيه. ففي حالة ما إذا كان القاضي في قانون دولة ما يلتزم بتطبيق النصوص التشريعية، وعند عدم وجود نص يعتمد على المبادئ العامة والعرف.. إلخ، فإذا ما اختار أطراف التحكيم هذا القانون، فعلى المحكم الالتزام بما يلتزم به القاضي.

الثاني: عندما يختار الأطراف قانون دولة تتعدد فيها الشرائع كما في الولايات المتحدة، وسويسرا مثلا فإن المقصود بقانون الإرادة لا يخرج عن ثلاث

لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.

١. إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.

٢. لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى أو كمحكم عادل منصف إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة.

٣. في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

(٤٦) د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي، أبو ظبي، ٢٨: ٣٠ إبريل ٢٠٠٨، المجلد الثاني، ص٥٨٣.



فروض:

الفرض الأول: الذي يختار فيه الأطراف قانون دولة فيدرالية تتعدد فيها الشرائع تعددًا إقليميًا. ولكن يكون لهذه الدولة قانون واحد لكافة الولايات، كما في القانون المدني السويسري. هنا يطبق هذا القانون بوصفه القانون الموحد لكافة المقاطعات السويسرية.

الفرض الثاني: ويتمثل في اختيار الأطراف لقانون إحدى الولايات، هنا لا يوجد أمام المحكم مشكلة حيث سيطبق قانون هذه الولاية.

الفرض الثالث: في هذا الفرض يختار الأطراف قانون دولة ما إلا أن هذه الدولة تختلف القوانين المعمول بها من ولاية إلى أخري من حيث المضمون، ومصادر القاعدة القانونية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فإذا ما اختار الأطراف قانون هذه الدولة، فما هو المقصود بهذا القانون؟.

هذا الأمر يحتاج إلى تفسير إرادة الأطراف، ويقوم بالتفسير المحكم، فيطرح الأمر للنقاش بين أطراف العلاقة احترامًا لمبدأ المواجهة بينهم، وهذا المبدأ يعد من أهم المبادئ الأساسية التي تحكم سير الخصومة أمام القاضي والمحكم على حد السواء(٤٧).

ويعد اختيار الأطراف لقانون محدد بمثابة تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة. وهذا المبدأ يدفع الأطراف لاختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية. ويستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ إبرام العقد وحتى انتهائه،

(٤٧) د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٥٨٧.



ويجوز لهم تعديل هذا القانون مع احترام حقوق الغير، وألا يؤدي هذا التغيير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحًا وفقًا للقانون الذي تم اختياره مسبقًا(٤٨). وألا يكون المقصود بهذا التغيير التحايل على القواعد القانونية الآمرة في القانون السابق، أو القانون الواجب التطبيق الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار(٤٩).

إلا أن هذا الاختيار قد تواجهه صعوبة مادية تتمثل في تغيير أو تعديل القانون المختار. فقد يتفق الأطراف علي قانون ما وقت إبرام عقد التشييد والاستغلال والتسليم، ثم يعدل أو يلغي هذا القانون عند عرض النزاع علي هيئة التحكيم.

يستلزم الأمر أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: في حالة ما إذا ضمن الأطراف اتفاقهم شرط يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق علي علاقتهم، فيما يسمي بشرط الثبات التشريعي. فهنا لا جدال في تطبيق القانون في حالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد، وتنحية التعديل اللاحق جانبًا.

أما الفرض الثاني: فيتمثل في خلو العقد من شرط الثبات التشريعي، فهنا يكون علي هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت نظر الخصومة أمام هيئة تحكيم المركز.

يتعين علينا أن ندرك أنه إذا كان للأطراف حرية اختيار القانون الملائم لعقودهم. فإن المستقر في قضاء التحكيم هو أن حرية أطراف التحكيم في اختيار

(٤٨) د/ هشام على صادق، المرجع السابق، ص٤٧٧.
(٤٩) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، ٢٠٠١، ص١٨١.



القانون المذكور ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بقواعد النظام العام بالمعني الحقيقي أو النظام العام عبر الحدود.

ودون الدخول في جدل فقهي فإن الراجح هو أن على الأطراف التقيد بما يعرف بالنظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، بوصفه مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة، أي التي تشكل قاسمًا مشتركًا بين أكبر عدد ممكن من الدول[٥٠].

ويعد من قبل النظام العام الدولي بهذا المعنى القواعد التي تحرم الرشوة والعمولات غير المشروعة، وقواعد مواجهة غسيل الأموال، وقوانين حماية التراث الإنساني، وقواعد حماية البيئة، وغيرها من القواعد التي تعد إطارًا مشتركًا لكافة التشريعات الوطنية[٥١]، كذلك المبادئ الحاكمة لاتفاقات الاستثمار كمبدأ التوازن العقدي وحسن النية، وغيرها.

تشكل هذه القواعد ما يعرف بالنظام العام الدولي، ويتعين على المحكم احترامها، واستبعاد أي قانون يخالفها بحجة أن تلك القواعد والمبادئ تعبر عن المصالح العليا للمجتمع الإنساني. ولاشك أن هذه المبادئ والأصول تعلو على المصالح الفردية، ولا تقوى هذه الأخيرة على مخالفتها.

ويكشف الواقع أنه على المحكم بجانب هذا الالتزام احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها. وإلا كان مصير هذا الحكم مجرد

---

(٥٠) THARA (R.), Ordre Public et Arbitrage International en Droit du Commerce International, Master 1, 1re année, Droit des activités de l'entreprise, Université Lumière Lyon 2, 2005-2006, P.202.

(٥١) RACINE (J.), L'Arbitrage Commercial International et L'Ordre Public, L.G.D.J., Paris, 1999, P. 28.



حبر علي ورق، وقد تكون السوابق التحكيمية نبراسًا له في هذا المجال(٥٢).

ثانيًا: القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف:

يمكننا تقسيم القواعد التي يمكن اختيارها من قبل الأطراف إلى نوعين القواعد القانونية الداخلية، والقواعد القانونية الدولية، وسنعرض لكل منها بالتفصيل المناسب.

أ ـ القواعد القانونية الداخلية (الوطنية):

ونقصد بها اختيار الأطراف لقانون وطني معين للفصل في خصومة التحكيم وغالبًا ما يكون هذا القانون هو المقر الوطني لأطراف العقد، أو قانون مكان تنفيذه(٥٣).

إن الواقع العملي في عقود التشييد والاستغلال والتسليم يكشف دومًا عن وجود طرف قوي اقتصاديًا يفرض إرادته علي هذا الاتفاق، من خلال استبعاد ذلك القانون الذي ينفذ العقد في ظله، وهو قانون الدولة المضيفة للاستثمار، مما يهدد بتطبيق قانون غير قانون محل التنفيذ كما في الكثير من اتفاقات الاستثمار المتعلقة بنقل التكنولوجيا وغيرها من العقود الاقتصادية(٥٤).

(٥٢) ففي النزاع التحكيمي رقم ٢١٩٩ الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC عام ١٩٧٨ رأت الهيئة التحكيمية أن الشرط الوارد في العقد، والذي بمقتضاه يتم " تنفيذ العقد وتفسيره طبقًا للقانون الفرنسي"، إنما يعنى إعمال شروط العقد مباشرة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع القواعد الآمرة في القانون الفرنسي، راجع:

(٥٣) SALEM (M.), & SANSON (M.), Les contrats Clé en Main et les Contrats Produit en Main, Librairies Techniques, Paris, 1979, P. 101.

(٥٤) د/ محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دراسة تطبيقية، بدون دار نشر، ١٩٨٨، ص٥٣٧.



إلا أن هناك حالات نجد قانون الدولة العضو يندفع ليفصل في النزاع دون غيره في حالة النص على ذلك صراحةً، أو وجود قرائن تشير إليه، كما لو وجد نص خاص يوجب تطبيقه خاصة في العقود ذات الطبيعة الاقتصادية الماسة بأمن المجتمع، فقد نص القانون الهندي على إعمال قواعده في حالة عقود نقل التكنولوجيا دون غيره من القوانين(٥٥).

وإذا كان من حق أطراف التحكيم اختيار أي قانون وطني يرغبون في حكمه لخصومة التحكيم، فالسؤال هل يجوز لهم إخضاع موضوع التحكيم لقواعد قانونية دولية؟.

ب ــ القواعد القانونية الدولية:

اختلف الفقهاء في مدي إمكانة لجوء أطراف التحكيم إلى القواعد القانونية الدولية بوصفها القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع خصومة التحكيم. فذهب جانب من الفقه إلى أن مجرد اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع يعتبر هذا كافيًا في حد ذاته لإخضاع النزاع المحكم فيه للقواعد القانونية الدولية(٥٦).

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القواعد القانونية الدولية لا تطبق إلا إذا اختارها الأطراف صراحةً، أو انصرفت إرادتهم بشكل مؤكد إلى تطبيقها(٥٧).

---

(٥٥) حيث نصت المادة على أنه " في اتفاق نقل التكنولوجيا يتعين تطبيق قواعد القانون الهندي "
"The Transfer of Technology Agreement must be subject to the laws of India….", Investing in India, See at: http://www.madaan.com/inverting.html,12-12-2007.

(٥٦) H. CARLQUIST, Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration, Master, Goteborg University, Spring 2006, P. 14.

(٥٧) د/ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٩٤١.



إلا أن هذا الرأي ذاته انقسم إلى اتجاهين، فاتجاه يقول أن القواعد الدولية لا تطبق إلا بصفة احتياطية، فهي قواعد مكملة للقواعد الوطنية. أما الاتجاه الثاني فيري أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يسمح للأطراف باختيار القواعد التي تحكم نزاعهم، ولو كانت هذه القواعد لا تنتمي إلى نظام قانوني وطني(٥٨).

وإن كنا نميل إلى أنه يجوز للأطراف اختيار القواعد القانونية الدولية لحكم النزاع المحكم فيه، سواء أكان ذلك بصفة مستقلة، أم بالاشتراك مع القوانين الوطنية.

ويقصد بالقواعد الدولية تلك القواعد التي تتجسد في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون الدولي والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية، أو ما يعرف بقانون التجار الدولي ***Lex Mercatoria*** بالإضافة للمبادئ العامة في قانون التحكيم والقانون الدولي العام وقواعد العدل والإنصاف.

وإذا كانت تلك هي القواعد التي يستند إليها المحكم في حالة اتفاق الأطراف على الفصل في نزاعهم وفقاً للقواعد القانونية الدولية، فإن سنحاول هنا أن نعرض لهذه القواعد بالتفصيل المناسب.

١- تطبيق القانون الدولي العام:

يعرف القانون الدولي العام بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الدول وغيرها من أشخاص المجتمع الدولي في علاقاتهم المتبادلة(٥٩).

---

(٥٨) لمزيد من التفصيل:
BOISSESON (M.), Le Droit Français de L'Arbitrage International, GLN Joly édition, Paris, 1990, P. 590.

(٥٩)
T. LAWRENCE, A Handbook of Public International Law, Adamant Media Corporation, 2000, P.3.

يكشف الواقع عن أن التحكيم المبرم بين دولة ما وأشخاص القانون الخاص التابعة لغيرها من الدول يطبق عليه قواعد القانون الدولي العام. ويكون ذلك عندما يختار الأطراف المبادئ العامة للقانون الدولي العام ليفصل في النزاع المحكم فيه على وجه الخصوص، ولهم أيضًا إضافتها إلى قانون دولة ما من أجل تكملة ما يعتري قانون هذه الدولة من نقص، أو من أجل تفسيره، إلا إذا مثل هذا الأمر الأخير قد يستخدم كأداة من قبل المحكمين لاستبعاد القانون الواجب التطبيق، كما حدث في العديد من منازعات التحكيم البترولية.

ويعد من أهم التطبيقات التحكيمية التي جنحت نحو القانون الدولي العام، تحكيم ***Texaco***، حيث استند المحكم إلى فكرة تركيز العقد في هذا القانون تبعًا لخصائصه الذاتية، وصولاً لتدويل العقد قبل بحثه في وسائل هذا التدويل[٦٠]. كذلك في تحكيم شركة ***Metalclad*** حيث استندت هيئة التحكيم إلى قواعد النافتا بوصفها جزء من القانون الدولي العام[٦١]. وفي تحكيم ***Agip*** اتفق الأطراف على تكملة قانون الكونغو بقواعد القانون الدولي العام عند الضرورة، إلا أن المحكم قد منحه دورًا تصحيحيًا لأحكام ذلك القانون عندما أقر صحة شرط الثبات التشريعي المدرج في العقد، وألزم الدولة بتعويض المستثمر عن الأضرار التي أصابته من

---

(٦٠) وتتعلق خصومة التحكيم بعقود تقاسيم إنتاج وتنقيب عن النفط والتنمية في الخليج من قبل شركة Texaco الصينية، وقد أكد الحكم في نزاع التحكيم على أن شرط التحكيم يمنح المحكم سلطة كافية للنظر في أي خلل في شروط العقد، كما أن المحكم أوضح أنه لم يتجاهل بوضوح المبادئ التي تحكم القانون الواجب التطبيق على المنح والتكاليف المترتبة على حفر آبار للإضرار بالمنطقة وعدم جواز تطبيق مبادئ التخفيف إلا أنه لم يستطع منع نفسه من الحديث عن تدويل العقد، راجع:

http://caselaw.lP.findlaw.com/scripts/browse_case.pl?court=5th&month=28year=07,12-3-2006

(٦١) هذا النزاع تعلق بشركة أمريكية خاصة بالتخلص من النفايات Metalclad والحكومة المكسيكية، وقد تم التحكيم بمركز تسوية منازعات الاستثمار ، راجع :

ICSID case No. ARB(AB)/97/1, Submission of the Government of the United States of America.



جراء التأميم(٦٢). أما تحكيم ***Sapphire*** فقد استند المحكم لتطبيق قواعد القانون الدولي العام إلي عدم وجود نص صريح لاستبعاده(٦٣)، وفي تحكيم شركة ***Aminoil*** فقد ذهبت هيئة التحكيم إلى اعتباره جزءًا من القانون الداخلي ليتحاشى تكييف العقد على أنه تصرف قانوني دولي(٦٤).

إلا أنه رغم تسليمنا بأهمية قواعد القانون الدولي العام. إلا أنه يمكننا القول بأن القانون الدولي العام مازالت قواعده تفتقر إلى القواعد المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة، باستثناء بعض الأحكام الخاصة بعقود التشييد والاستغلال والتسليم، فنجد لها قواعد تفصيلية ومحددة تطبق على النظام المحكم فيه. ومن ثم فإنه لا يتصور تطبيق قواعد القانون الدولي العام إلا بالاشتراك مع القوانين الوطنية. وفي هذه الحالة يجب على المحكمين عدم استبعاد القوانين الوطنية إلا في حال مخالفتها للنظام العام الدولي.

٢- تطبيق المبادئ العامة للقانون:

يقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي، والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي(٦٥).

(٦٢) Agip v. Congo Award, 30/11/1979, ICSID Reports, P. 306.

(٦٣) E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International Law Reports, Cambridge University Press, 1991, P. 541.

(٦٤) وقد تعلق النزاع بشركة استخراج بترول أمريكية Aminoil وحكومة الكويت، لمزيد من التفصيل، راجع: H. BAHARNA, International Commercial Arbitration in a Changing World, Arab Law Quarterly, Volume 9, No. 2, 1994, P. 150.

(٦٥) د/ محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، بدون دار نشر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، ص ٥٨.



ويري جانب من الفقه أنه لا يوجد ما يحول دون تطبيق المبادئ العامة للقانون مادامت اتجهت إرادة الأطرف إلى ذلك. وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ "للأطراف اختيار واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية.

ونسوق هنا أهم التطبيقات التحكيمية علي هذا، وإن كان يتعين علينا هنا التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: حالة وجود نص صريح يقضي بإعمال المبادئ العامة للقانون، ونذكر هنا أهم الأمثلة علي ذلك:

فقد انتهي المحكم في قضية تحكيم ***Liamco*** إلى وجود مبادئ مشتركة ما بين القانون الليبي والقانون الدولي فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة مع التعويض، ثم انتهي إلى تفسير تلك المبادئ بالقواعد المطبقة من قبل المحاكم الدولية على نحو تشير معه إلى مبادئ العدالة والإنصاف أيضًا[٦٦].

كذلك تحكيم ***Texaco*** فقد وجد المحكم مبدأ عام مشترك ما بين القانون الليبي والقانون الدولي، وهو مبدأ "القوة الملزمة للعقد"، وقرر إعماله دون الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون التي يؤخذ بها على نحو مكمل حسب ما ذهب إليه العقد[٦٧]. كما طبق مبدأً آخر وهو مبدأ "التنفيذ العيني للعقد" رغم مهاجمة القضاء

(٦٦) R. BISHOP & J. CRAWFORD & W. REISMAN, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary, Kluwer Law International, 2005, P.722.

(٦٧)



التحكيمي لهذا المبدأ في منازعات أخري متشابهة، كخصومة ***B.P***، والتي ذهب فيها المحكم ***LAGERGREN*** إلى الرفض الصريح لمبدأ التنفيذ العيني(٦٨).

وفي تحكيم ***Aminoil*** فقد قبل المحكم تطبيق القانون الكويتي باعتباره القانون الملائم، إلا أنه ترك مجالاً لتدخل المبادئ العامة للقانون بغرض تدويل العقد. وذلك عندما اعتبر تلك المبادئ مصدرًا احتياطيًا للقانون الكويتي بوصفه قانوناً وطنيًا، والقانون الدولي يعد مكملاً له(٦٩).

تكشف هذه التطبيقات عن اختلاف موقف القضاء التحكيمي من المبادئ العامة للقانون من جهة، واختلافه في تفسيرها من جهة أخري.

الفرض الثاني: حالة غياب الإشارة الصريحة إلي تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهذا الغياب قد يقع في ثلاثة صور هي:

الصورة الأولي: عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون المختص. وهنا لا تجد هيئة التحكيم حرجًا في تطبيق هذه المبادئ.

الصورة الثانية: اتفاق الأطراف على مبادئ أخري، وهذا من قبيل حسن النية في التعامل، ولقد وجدت هذه الصورة تطبيقًا لها في تحكيم ***Sapphire***، حيث طبق المحكم المبادئ العامة للقانون دون أن يبين مدي علاقتها بالنظام القانوني الدولي أو بالنظام الوطني، حتى أنه أثار الشك بشأن كونها نظام قانوني

W. PETER & J.Q.KUYPER, Arbitration and renegotiation of international investment agreements, Kluwer Law International, 1995, P.282.

(٦٨) W. PETER & J. KUYPER, P.R., P.329

(٦٩) H. ALBAHARNA, P. R., P. 151.



مستقل[٧٠].

الصورة الثالثة: وتتمثل في وجود نص صريح يشير إلى تطبيق قانون وطني معين. ونعتقد أن هيئة التحكيم تكون قد بلغت ذروة جرأتها حين تستبعد هذا القانون الوطني لصالح هذه المبادئ. وهو ما حدث في تحكيم ***Aramco*** عام ١٩٥٨[٧١].

إذن هناك حقيقة مهمة كشفت عنها أحكام التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مؤداها أنه لا مانع من تسبيب حكم التحكيم استنادًا إلى تدليل قانوني مجرد، وذلك بمنحه طابعًا عالميًا من جهة، وإبعاده عن مظنة التحيز لقانون وطني معين من جهة أخري. إلا أن المشكلة تكمن في قصور هذه المبادئ العامة عن الإحاطة بكافة صور المنازعات، كذلك طابعها النسبي قد يقف حائلاً دون عموميتها. فعلي سبيل المثال يعد مبدأ "حسن النية" قاسمًا مشتركًا في كل منازعات التحكيم، حيث يحرص المحكمون على تسبيب أحكامهم استنادًا لهذا المبدأ الذي يعد في حقيقته موجهًا فلسفيًا لسلوك الأطراف أكثر من كونه قاعدة قانونية محددة ودقيقة[٧٢]. وربما يكون عدم تحديد فكرة المبادئ العامة من شأنه استخدام المبدأ ذاته لخدمة مواقف متعارضة في آن واحد[٧٣].

---

(٧٠) E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International law Reports, Cambridge University Press, 1991, P. 541.

(٧١) E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International Law Reports, Cambridge University Press, 1979, P. 343.

(٧٢) د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٧٨١.

(٧٣) ففي الوقت الذي أخذ به المحكم في دعوى تحكيم Texaco، رفضه القضاء التحكيمي أثناء النظر في قضية نفطية مشابهة، قائلاً أن الجزاء المعتاد لخرق العقود هو التعويض النقدي راجع:
W. PETER & J. KUYPER, P.R., P.282

فالمحكم غالبًا ما يلجأ في معرض إثبات عمومية مبدأ ما للبحث عنه في قوانين الدول المتقدمة فحسب، ومن ثم فإننا نعتقد أن المصطلح الذي استعمل في بعض دعاوى التحكيم "المبادئ العامة للقانون السائد في الأمم المتحضرة"، مازال موجودًا، ولكن لا يجهر به رفعًا للحرج[٧٤].

٣ ــ تطبيق قواعد العدالة والإنصاف:

نصت العديد من التشريعات المقارنة علي جواز أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقًا لقواعد العدالة والإنصاف. إذا ما اتفق أطراف التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح[٧٥].

ولا يتسنى لهيئة التحكيم اللجوء لهذه القواعد، إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث أنه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة الحكيم الفصل في النزاع بمقتضي القانون.

إلا أنه يتعين على المحكم حين يستند إلي مبادئ العدالة والإنصاف أن يبني اجتهاده علي اعتبارات موضوعية عامة، وليس تفكير ذاتي خاص. يعنى هذا أنه لا يتأثر في حكمه بأفكاره الذاتية.

(٧٤) وهو ما حدث في خصومة التحكيم الخاصة بإمارة أبو ظبي، راجع:
The International Amercian Journal of International Law, Vol, 47, No. 1, Jan 1953, P. 158.

(٧٥) كما هو الحال في المادة ٣٩/٤ من القانون المصري التي نصت علي أنه " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.". وكذلك المادة ٣٦/ د من قانون التحكيم الأردني حيث نصت المادة على أنه " لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضي قواعد العدالة والإنصاف دون التقدي بأحكام القانون " وفي نفس المعنى راجع الفقرة الثالثة من المادة ٢٨ من قانون التحكيم النموذجي.

ومن أهم تطبيقات هذه القواعد جواز قيام هيئة التحكيم بتعديل العقد على أثر القوة القاهرة، وقد يصل الأمر إلى الإعفاء من المسئولية. ولم يقف الأمر عند هذا الحد، فقد استبعدت هيئة التحكيم الشرط الجزائي، رغم توافر شروط انطباقه طبقاً للقانون، متى كان هذا الاستبعاد يحقق العدالة. ولها كذلك أن تخفف من آثار الشروط التعاقدية مثل الشرط الفاسخ الفوري، متى كان لا يتمشى هذا مع مبادئ العدالة[٧٦].

وإذا كان الحال كذلك في ظل اتفاق الأطراف علي القانون الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم أمام المركز، فما هو الحال في غيبة مثل هذا الاتفاق.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في غيبة اتفاق الأطراف

نصت المادة ٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأسس لهيئة التحكيم في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق علي النزاع. ونصت علي اختصاص قانون الدولة الطرف فى النزاع، وكذلك مبادىء القانون الدولي في مجال التحكيم.

ويمكننا القول بأن هذا التحديد يتفق مع احترام سيادة الدول، كما أنه يغلق الباب أمام هيئات التحكيم للتحايل نحو تطبيق قوانين أخري، نظراً للطبيعة الخاصة لعقود التشييد والاستغلال والتسليم، وكون الدولة طرفاً فيها.

إلا أنه يتعين الأخذ بعين الاعتبار بأن المادة السابقة قد أحالت أيضًا إلي مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم، ومن ثم يجب ألا يجد المحكمون في هذه

---

(٧٦) ICC Award, No. 4972/ 1958, Clunet, 1989, P. 1101.



المبادئ ذريعة لاستبعاد القانون الوطني للدولة المستضيفة للاستثمار تحت مزاعم عدم تحضرها، كما حدث في الكثير من منازعات التحكيم.

ولهذا يتعين علي هيئات التحكيم بالمركز أن تطبق القانون الوطني للدولة المستضيفة للاستثمار، بجانب مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم، فالثانية تكمل ما يعتري القانون الوطني من قصور. ولابد وأن نشير هنا أن استناد هيئات التحكيم إلي مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم يعد دعوة صريحة من نصوص اتفاقية إنشاء المركز للمحكمين إلي الاستناد إلي السوابق التحكيمية، والعمل علي نشأة ما يعرف بقانون التحكيم.

كذلك قد تلعب نظرية التركيز دورها في تركيز مركز الثقل بالنسبة للعقد، أو القانون الأوثق صلة به، وهو قانون الدولة العضو. كذلك الحال لو نصت على هذا المعاهدات الدولية، كمعاهدة روما بشأن الالتزامات التعاقدية ١٩ يونيو ١٩٨٠، والتي دخلت حيز التنفيذ في إبريل ١٩٩١، حيث يستنتج من نصوصها إمكانة تطبيق قانون الدولة العضو في حالة اختياره صراحةً، أو باعتباره القانون الأوثق صلة بالعقد، وذلك عند غياب الاختيار.

ومن أهم التطبيقات التحكيمية علي هذه القاعدة تحكيم شركة ***International Marine Oil*** ودولة قطر عام ١٩٥٣. حيث قرر المحكم ***BUCKNILL*** أن القانون الواجب التطبيق هو القانون القطري استنادًا إلى قرينة وجود دولة ذات سيادة في العقد الذي حرر باللغتين الإنجليزية والعربية معًا[٧٧].كما استند المحكم ***HALL*** في

---

(٧٧) وقد استبعد القانون القطري لاحقًا استنادًا إلي أنه لا يتضمن مبادئ كافية لفض النزاع، مما استوجب إعمال قواعد العدالة والإنصاف وحسن النية، راجع:

E. SNYDER, Protection of Private Foreign Investment: Examination and Appraisal, International and Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press, 1961, P. 488.



تحكيم ***Aramco*** إلي قرينة مفترضة مؤداها أن وجود الدولة في العقد مقابل شخصًا خاصًا يفترض تطبيق قانونها حتى يثبت العكس(٧٨).

يبقى أن نؤكد هنا علي أن نص المادة ٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز قد أقرت فكرة الإحالة، حيث نصت علي أنه "فى حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق, تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف فى النزاع – بما يشمل قواعد تنازع القوانين الواردة فى هذا القانون – وكذلك مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم".

ومن الملاحظ هنا أن النص السابق قد أخذ بفكرة الإحالة, فى حالة غيبة قانون الإرادة, ومؤدى هذا أنه لا يجوز قبول الإحالة في حالة اتفاق الأطراف علي اختيار القانون واجب التطبيق, ومع ذلك فإن قبول الإحالة هنا يعتبر أمرًا منتقدًا، استنادًا إلى أنه قد يؤدي إلي تطبيق قانون دولة قد لا يتوقعه الأطراف، بالإضافة إلي تعارضه مع حرص قواعد المركز علي تطبيق قانون الدولة المستضيفة للاستثمار. على عكس الحال فيما لو اكتفى النص السابق بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون الدولة الطرف في النزاع, حيث يكون لدى الأطراف المعرفة بالقانون الذي سيطبق على العقد إذا لم يتفقوا على تحديده.

في النهاية حاولنا خلال الثلاثة مباحث السابقة أن نوضح شكل التحكيم داخل المركز، ودور هيئات التحكيم، ورأينا أهمية مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم أمام هيئات التحكيم بالمركز خاصة في ظل غيبة اتفاق الأطراف عن

---

(٧٨) E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International Law Reports, Cambridge University Press, 1998, P. 117.



تحديد القانون الواجب التطبيق. ويبقي أن نوضح هنا أن كثيرًا من أحكام المركز تكشف عن تحيزه الدائم للشركات الكبري في مواجهة الدول المضيفة للاستثمار خاصة النامية منها. ومن ثم فإنه يقع علي عاتق المركز مسئولية إعادة النظر فيما يصدره من قرارات تحكيمية حتى يعيد الثقة لأطراف النزاعات المعروضة أمامه.



قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١. د/ أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، ٢٠٠١.

٢. د/ جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد – الإجراءات – الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٣. د/ حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٤. د/ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٥. د/ عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص، دراسة انتقادية، مكتبة المنصورة الجديدة، المنصورة، ١٩٩١.

٦. د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة



التحكيم، دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي، أبو ظبي، ٢٨: ٣٠ إبريل ٢٠٠٨، المجلد الثاني.

٧. د/ محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٨. د/ محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، بدون دار نشر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢.

٩. د/ محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دراسة تطبيقية، بدون دار نشر، ١٩٨٨.

١٠. د/ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

ثانيًا: المراجع الإنجليزية:

1. C. AMERASIGHE, The International Center for the Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Cooperation, Vanderbilt Journal of International Law, Volume 9, 1976.
2. D. BUFFENSTEIN, Foreign International and Joint Ventures, North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulations, 1981.
3. E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International Law Reports, Cambridge University Press, 1979.
4. E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International Law Reports, Cambridge University Press, 1991.
5. E. LAUTERPACHT & C. GREENWOOD, International Law Reports, Cambridge University Press, 1998.



6. E. SNYDER, Protection of Private Foreign Investment: Examination and Appraisal, International and Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press, 1961.

7. H. BAHARNA, International Commercial Arbitration in a Changing World, Arab Law Quarterly, Volume 9, No. 2, 1994.

8. H. CARLQUIST, Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration, Master, Goteborg University, Spring 2006.

9. J. COMMISSION, Precedent in Investment Treaty Arbitration, a Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, Journal of International Arbitration, Klawer law International, Netherlands, Vol. 2, No. 24, 2007.

10. J. SCHMIDT, Arbitration under the Auspices of the ICSID, Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa v. Jamaica, Harvard Journal of International Law, Volume 17, 1976.

11. M. HIRSCH, The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff, 1993.

12. P. LALIVE, The First World Bank Arbitration, Holiday inns v. Morocco, some Legal Problems, British Year Book of International Law, Volume 57, No. 2, 1980.

13. P. SUTHERLAND, The World Bank Convention on the Investment Disputes, International and Comparative Law Quarterly, Volume 28, 1979.

14. R. BISHOP & J. CRAWFORD & W. REISMAN, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary, Kluwer Law International, 2005.

15. S. SCHATZ, Recent development in international organizations, the effect of the Annulment Decision in Amco v. Indonisia and Kiockner .v. Cameroon on the Future of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, American University Journal of international law and Policy, Volume 3, 1988.

16. T. LAWRENCE, A Handbook of Public International Law, Adamant Media Corporation, 2000.

17. W. PETER & J.Q.KUYPER, Arbitration and renegotiation of international investment agreements, Kluwer Law International, 1995.



ثالثا: المراجع الفرنسية:

1. BOISSESON (M.), Le Droit Français de L'Arbitrage International, GLN Joly édition, Paris, 1990, P. 590.
2. GAILLARD (E.), Arbitrage entre un Etat et une Personne Privé, Pédone, Paris, 1969.
3. GOLDMAN (B.), Le Droit Applicable selon de la B.I.R.D., du 18 Mars 1965 pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'Autres Etats, L'ouvrage Collective dans L'Investissements Etrangères et L'arbitrage entre un Etat et une Personne Privé, Pédone, Paris, 1969.
4. RACINE (J.), L'Arbitrage Commercial International et L'Ordre Public, L.G.D.J., Paris, 1999.
5. ROULET (J.), La Convention du 18 mars 1965 le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, Schweizer Jahrbuch für Internationales Recht, 1965.
6. SALEM (M.), & SANSON (M.), Les contrats Clé en Main et les Contrats Produit en Main, Librairies Techniques, Paris, 1979
7. THARA (R.), Ordre Public et Arbitrage International en Droit du Commerce International, Master 1, 1re année, Droit des activités de l'entreprise, Université Lumière Lyon 2, 2005-2006.